

มาตรการทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

กรณีลงทุนหรือถือหุ้นในนิติบุคคลไทย¹

พันธวีร์ รัตนะ²

จากการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีลงทุนหรือถือหุ้นในนิติบุคคลไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาประวัติ ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีลงทุนหรือถือหุ้นในนิติบุคคลไทย มาตรการทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาประกอบการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย และอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น รวมทั้งเสนอแนะแนวทางแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีลงทุนหรือถือหุ้นในนิติบุคคลไทย ซึ่งทำให้ผู้ศึกษาได้รับความรู้ความเข้าใจว่า ประเทศไทยได้มีการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทย เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้าและการลงทุน และเพื่อให้เป็นไปตามสภาวะเศรษฐกิจโลกและเป็นการสร้างความแข็งแกร่งและการต่อรองอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจ ประเทศไทยจึงได้มีการตรากฎหมายออกมาเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่ในปัจจุบันพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังกล่าวก็ไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน สภาพบังคับของกฎหมายไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ โดยการนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ของบุคคลธรรมดาที่เน้นควบคุมเฉพาะสัดส่วนของคนต่างด้าวที่เข้าไปถือหุ้นในนิติบุคคลที่ได้มีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทย โดยถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 เท่านั้น แต่ไม่สามารถควบคุมนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นกรรมการและมีอำนาจในการบริหารกิจการ ทำให้นิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าวเป็นนิติบุคคลไทยที่สามารถเข้าดำเนินธุรกิจที่ต้องห้าม ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ ซึ่งการที่นิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าวจัดตั้งเป็นนิติบุคคลไทย แต่การดำเนินกิจการในนามของคนต่างด้าว ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย กระทำโดยคนต่างด้าว ส่งผลให้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อีกทั้งการบัญญัติคำนิยามดังกล่าวยังส่งผลให้คนต่างด้าวใช้นิติบุคคลไทยถือหุ้นแทนกัน เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายในการประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามบัญชีต่าง ๆ

¹บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ เรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีลงทุนหรือถือหุ้นในนิติบุคคลไทย โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์จรล เล้งวิทยา และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์สุพร วงศ์ทองสรรค์ และรองศาสตราจารย์ประเทือง ธนนิผล

²นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนภูมิภาค) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

จากการศึกษาทำให้ทราบว่ามาตรการทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีลงทุนหรือถือหุ้นในนิติบุคคลไทย ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ยังบกพร่องและไม่ชัดเจนในหลายประการ อันก่อให้เกิดปัญหาดังต่อไปนี้

ปัญหาประการแรก คือ ปัญหาคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ให้นิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไม่ชัดเจน ไม่ครอบคลุมรูปแบบการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอย่างเพียงพอ ทำให้คนต่างด้าวอาศัยโอกาสนั้นหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยวิธีการต่าง ๆ ทำให้คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยใช้วิธีที่ให้คนไทยถือหุ้นแทน หรือที่เรียกว่า Nominee และส่งผลให้ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวแต่อย่างใด และมีสิทธิในการประกอบกิจการธุรกิจทุกประเภททุกสาขา ไม่ต้องห้ามตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ นี้ ทั้งยังสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยในนามนิติบุคคลไทย

ปัญหาประการต่อมา คือ ปัญหาการถูกจำกัดการตรวจสอบทุนของคนต่างด้าวจากนิยามคำว่า “ทุน” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ได้ให้นิยามคำว่า “ทุน” ทำให้การพิจารณาการเป็นนิติบุคคลต่างด้าวนั้น พิจารณาแต่เพียงสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลที่ต้องการตรวจสอบเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงทุนทั้งหมดของคนต่างด้าวโดยทางอ้อมผ่านบริษัทโฮลดิ้งที่มีสัญชาติไทย การตรวจสอบดังกล่าวทำให้เกิดการหาทางหลีกเลี่ยงกฎหมาย โดยอำพรางสถานะความเป็นนิติบุคคลต่างด้าว หรือทำให้มีการแอบแฝงเข้ามาประกอบธุรกิจที่สงวนไว้เฉพาะแต่บุคคลหรือนิติบุคคลสัญชาติไทยโดยคนต่างด้าว ปัญหาดังกล่าวนอกจากเป็นช่องว่างของบทบัญญัติกฎหมายแล้ว ยังเกิดจากปัญหาสภาพบังคับใช้ของกฎหมายในการพิสูจน์ความเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ประกอบกับไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นตัวแทนหรือการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวที่ชัดเจน

ปัญหาประการที่สาม คือ ปัญหาประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 9

ตามมาตรา 9 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ อย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง ในกรอบ 1 ปี นับตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติฯ นี้มีผลใช้บังคับ ซึ่งตั้งแต่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ จนกระทั่งมีการแก้ไขธุรกิจบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ เพียงครั้งเดียว การที่กฎหมายบัญญัติไว้ในบัญชีสาม (21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง เนื่องจากธุรกิจบริการเป็นธุรกิจที่มีอยู่หลายประเภทและ

มีการเปลี่ยนแปลงไปตามความต้องการของผู้บริโภค ดังนั้น จึงมีการบัญญัติไว้โดยกว้าง และการให้อำนาจแก่คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวใช้ดุลพินิจในการกำหนดประเภทธุรกิจนั้น การที่ไม่ได้มีการบัญญัติประเภทธุรกิจบริการไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมทำให้ไม่เกิดความชัดเจน อาจทำให้เป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีทางการค้า

ปัญหาประการสุดท้าย เป็นเรื่องปัญหาการกำหนดบทลงโทษทางอาญา ตามมาตรา 36 เกี่ยวกับการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวไว้ดำเนินไป

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีการบัญญัติกำหนดให้การถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา ตามมาตรา 36 โดยมีความผิดทั้งผู้ถือหุ้นแทนและบริษัทที่ให้ถือแทนคนต่างด้าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 100,000 บาทถึง 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อัตราโทษดังกล่าวนี้ ไม่เพียงพอต่อการลงโทษผู้กระทำความผิด คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศ ย่อมมีศักยภาพทางการเงินที่สามารถชำระค่าปรับดังกล่าวได้ อีกทั้งไม่มีมาตรการในการติดตามทรัพย์สิน การยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดหรือผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดไว้ชั่วคราว เพื่อเป็นการป้องกันการชักย้ายทรัพย์สินที่ได้จากการประกอบธุรกิจที่ทำการการจัดตั้งนิติบุคคลโดยผิดกฎหมาย เช่นนี้ ย่อมทำให้คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจโดยวิธีที่ผิดกฎหมายสามารถที่จะหาช่องทางหลบเลี่ยงได้โดยง่าย

จากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหามาตรการทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีลงทุนหรือถือหุ้นในนิติบุคคลไทย ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ผู้ศึกษาจึงได้มีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ผู้ศึกษาเห็นควรเสนอแนะว่า

ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติมาตรา 4 “คนต่างด้าว”

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1)(2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลอื่น ซึ่งมีบุคคลตาม (1)(2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลตาม (1)(2) หรือ (3) มีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งบุคคลตาม (1)(2) หรือ (3) มีอำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคลนั้น หรือมีอำนาจในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น

2. ปัญหาการถูกจำกัดการตรวจสอบทุนของคนต่างด้าวจากนิยามคำว่า “ทุน” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ผู้ศึกษาขอเสนอแนะดังนี้

2.1 ควรมีการเพิ่มมาตรการการควบคุมกำกับดูแล และตรวจสอบความเป็นนิติบุคคลต่างด้าว โดยอำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการรับจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคล ตรวจสอบสัดส่วนการถือหุ้นให้แน่ชัดก่อนที่จะมีการรับจดทะเบียนนิติบุคคล และให้มีการให้คำแนะนำ รวมทั้งบังคับให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนอย่างเคร่งครัดในการยื่นหลักฐานประกอบการพิจารณา เพื่อแสดงความโปร่งใสและให้สามารถตรวจสอบสถานะนิติบุคคลได้อย่างแท้จริง

2.2 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ ตามมาตรา 4 นิยามคำว่า “ทุน”

“ทุน” หมายความว่า ทุนของบริษัทจำกัด หรือทุนที่ชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้ถือหุ้นส่วนหรือสมาชิกรับมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น และให้หมายความรวมถึง ทุนของนิติบุคคลอื่นที่ผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลนั้น

3. ปัญหาประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ผู้ศึกษาขอเสนอแนะว่า

3.1 ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 9 วรรคท้าย

“ประเภทธุรกิจใด ที่คนต่างด้าวได้ยื่นขออนุญาตและได้รับหนังสือรับรองแล้ว ให้คณะกรรมการระบุไว้ในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้”

3.2 ควรมีการปรับปรุงบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ บัญชีสาม โดยให้บททวนและปรับปรุงประเภทธุรกิจที่กำหนดให้คนต่างด้าวต้องขออนุญาตจากอธิบดีทั้งหมด โดยแบ่งประเภทของธุรกิจเป็น 2 ประเภท คือ ธุรกิจที่ยังคงสงวนไว้สำหรับคนไทย ในประเภทธุรกิจที่ไม่พร้อมต่อการแข่งขันกับต่างด้าว และประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจผ่านการถือหุ้นแทนเป็นจำนวนมากแล้ว และเป็นธุรกิจที่คนไทยสามารถที่จะแข่งขันและประกอบธุรกิจได้ด้วยความสามารถ โดยให้มีการลดสัดส่วนของการถือหุ้นของคนต่างด้าวลง เพื่อเป็นการสนับสนุนให้สอดคล้องกับการเปิดการค้าเสรีมากยิ่งขึ้น

4. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษทางอาญา ตามมาตรา 36 เกี่ยวกับการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวไว้ต่ำเกินไป ผู้ศึกษาขอเสนอแนะดังนี้

4.1 ควรมีการกำหนดบทลงโทษให้สูงขึ้นทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ สำหรับคนต่างด้าว หรือผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว รวมทั้งผู้ให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในธุรกิจที่คนต่างด้าวนั้น ไม่ได้รับอนุญาต หรือร่วมประกอบธุรกิจนั้นกับคนต่างด้าว โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนหรือเป็นการถือหุ้นแทน เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ ค่าเงินและมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด เป็นต้น

4.2 กำหนดมาตรการให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิยึด หรืออายัดทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด คือ เงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจโดยคนต่างด้าวที่ให้คนไทยถือแทนไว้เป็นการชั่วคราว ในระหว่างตรวจสอบ หากพบว่าได้กระทำความผิดจริง ให้ยึดและอายัดไว้ทั้งหมด

เอกสารอ้างอิง

โยธิน อินทรประสงค์. หนังสือกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560).

นันทิยะ มหาเทียน. “ผลกระทบของการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.” สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550).

อภิญา เลื่อนฉวี. (2561). “การเคลื่อนย้ายแรงงานเสรีในอาเซียน: ผลกระทบอย่างไรต่อไทย.”